

Moralidad sexual y Derecho: moralismo, individualismo y garantismo, pp. 3-27.

MORALIDAD SEXUAL Y DERECHO: MORALISMO, INDIVIDUALISMO Y GARANTISMO *

Por Luis Efrén Ríos **

RESUMEN

Este ensayo presenta la discusión del «acto inmoral sexual» que resulta punible como delito, a partir de las tesis de Patrick Devlin, H.L.A. Hart, y Luigi Ferrajoli. Se describen los argumentos que el moralismo legal, el individualismo moral y el garantismo penal ofrecen para determinar ¿cuándo es válido o no prohibir una conducta inmoral?

PALABRAS CLAVE

Moral, libertad, ley penal.

SUMARIO

I. El punto de partida: ¿La inmoralidad sexual debe ser un delito? II. La libertad sexual controvertida. III. Una aproximación filosófica: 1. El moralismo legal. 2. El individualismo moral. 3. El garantismo penal. IV. Un apunte final.

I. El punto de partida: ¿la inmoralidad sexual debe ser un delito?

¿La inmoralidad es suficiente por sí misma para justificar una prohibición de la conducta penalmente relevante? ¿Puede una «mayoría moral» imponer límites a la libertad de los «inmorales»? ¿El «acto inmoral» debe ser un delito? Estas son las cuestiones que aquí se plantean para mostrar tres tesis que se pueden discutir dentro de la filosofía y la ciencia jurídica a fin de resolver el problema de ¿cuándo es válido o no prohibir penalmente un acto (in)moral de la vida sexual de las personas? Las respuestas se pueden ensayar a partir de una metodología por dicotomía: el moralismo legal v. el individualismo moral, que puede replantearse con la tesis del garantismo penal. Este método, pensar en binario, suele ser una postura que de manera recurrente se le acusa de maniqueísta, al reducir las alternativas conceptuales; no obstante, el proceder por dicotomías es una de las armas más afiladas de la argumentación racional en la esfera práctica, que quizá no sirva para resolver todas las tensiones y contradicciones, pero que sin duda permite aclarar muchas de ellas, ilustrando su naturaleza y su razón de ser (Vitale 2007). Incluso, se puede tratar de ser más sofisticado al utilizar la tricotomía que apela a una interpretación dialéctica de la historia como en el pensamiento de Vico (las etapas de la justicia: la de lo divino, la de lo heroico y la de lo humano), Augusto Comte (ley de los tres estadios), y obviamente George W.F. Hegel (tesis, antítesis y síntesis). Es válido, por tanto, plantear mayores divisiones en el análisis, pero independientemente de la dicotomía, la tricotomía o la pluricotomía —el dividir el todo en sus partes para identificar los

* Una primera versión de este trabajo se presentó en el Curso de Filosofía Política (2005-2006) en el Doctorado en Derecho: Programa de Derechos Fundamentales, que se imparte en el Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid. Fecha de recepción: 23 de febrero de 2007. Fecha de publicación: 12 de julio de 2007.

** Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Coahuila (México). Correo-e: luisriosvega@hotmail.com

problemas—, este camino permite revisar las concepciones posibles de una realidad, aunque no las resuelva definitivamente; facilita tomar una postura radical en la teoría, mas no necesariamente elimina las matizaciones que se habrán de realizar en la continua reflexión y argumentación de las tesis opuestas; pero ante todo [el pensamiento dicotómico] aclara la complejidad de una realidad que hay que dividir para conocerla, significarla y aplicarla¹.

Este breve ensayo tiene por objeto plantear la discusión del acto inmoral (sexual) que debe o no ser punible como delito, a partir de las posiciones de Patrick Devlin, H.L.A. Hart y Luigi Ferrajoli. El marco conceptual es ante todo la polémica Hart v. Devlin al ser la referencia principal desde la filosofía para esta discusión (Ramiro Avilés 2006, 9ss.) que se sintetiza en dos posturas: por un lado, la que sostiene la "inmoralidad como condición necesaria pero no suficiente para que un hecho sea prohibido y castigado" (Ferrajoli 1998, 460 y 509), tal como lo afirma el «individualismo moral» a partir del principio de la autonomía moral (Hart 1981) y su límite, el daño a terceros (Mill 1997), pero también se puede afirmar la tesis contraria, en donde la "exclusión de las meras inmoralidades del campo del Derecho penal no significa que tampoco se puedan proteger penalmente en su caso 'sentimientos' y similares" (Roxin 1999, 57), tal como lo argumentaría la línea del «moralismo legal» para tutelar la cohesión de la sociedad (Devlin 1965). Luego, la cuestión de la inmoralidad como delito se trasladaría a una cuestión dogmática en el marco del garantismo penal para discutir, bajo las concepciones previas y sus diferentes grados y matices, si la conducta (in)moral daña a un bien jurídico que deba protegerse bajo el principio de subsidiariedad penal que implica minimizar el castigo, maximizando la libertad (Ferrajoli 1998). Se trata pues de un problema acerca de la "legitimación y los límites de la fuerza estatal" (Roxin 1976, 11) en torno a la libertad sexual de las personas, cuya aproximación plantea, desde el discurso de los derechos fundamentales, una visión metodológica que emplee tanto la filosofía como la ciencia jurídica penal, a fin de construir una perspectiva valorativa, crítica y constructiva (Ferrajoli 2000b, 40ss.). O dicho de otra manera: es una cuestión sobre el ámbito de la libertad de las personas en relación con los actos que una mayoría califica como inmorales y que, por lo tanto, perfila la tentación de la tiranía de la mayoría para prohibirlos a fin de mantener la vigencia de una determinada moral en la esfera íntima de las personas que

¹ En la teoría política, el reflexionar en dicotomías se plantea en el pensamiento bobbiano con base en las lecciones de un clásico como Hobbes. El analizar los problemas construyendo parejas de contrarios en el lenguaje político (Bobbio 2003, 225ss.), es un método que sirve para ordenar la esfera práctica y orientar el plano descriptivo, prescriptivo e historiográfico dentro de ella, pues "toda la historia de las reflexiones (o fabulaciones) del hombre sobre su vida en sociedad, está caracterizada por la construcción de 'grandes dicotomías', empezando por la que se establece entre estado de inocencia y de corrupción" (Bobbio 1977, 135).

exprese la voluntad general. Esta cuestión implica, por ende, una lectura moral [del acto inmoral (i)lícito] en el sentido de encontrar “la mejor concepción de los principios morales constitucionales” (Dworkin 2004, 111) en lo que respecta a la libertad y sus fronteras que pueden legitimar o no una zona de (i)licitud para justificar las conductas penalmente relevantes. Este trabajo busca, asimismo, identificar el contenido, el alcance y los límites, si los hay, de la (in)moralidad sexual, digna de castigo o de impunidad, a partir de los principios fundamentales que en toda democracia constitucional se reconocen, tales como la libertad, el daño a terceros y la estabilidad de la sociedad. Es, además, una de las cuestiones clásicas que se plantean en el debate de la Filosofía del Derecho para tomar posición en torno a la relación entre Derecho y Moral (Malem 1998, 59ss.). Hay dos tesis tradicionales, cada una con diferentes matices pero que se pueden identificar: por un lado, la «tesis de la separación» que afirma la disgregación entre derecho y moral (que se acerca más a posturas del positivismo); y la otra, que es la «tesis de la vinculación» que sostiene una estrecha relación entre estos dos sistemas normativos [el derecho y la moral] como lo sugiere el pensamiento iusnaturalista (Garzón 1998, 19ss; Alexy 1998, 115-118). Bajo este marco dualista subyace el tema de la prohibición de un determinado acto inmoral como delito. Ese es el dilema. Según el «moralismo legal», anclado en la idea de la vinculación entre derecho y moral, la inmoralidad por sí sola puede ser reproachable e incluso condenable penalmente; en cambio, bajo el «individualismo moral», que pugnan más las tesis positivistas, no solo puede ser permisible [el acto inmoral] sino también reconocible y garantizable como un derecho fundamental, la libertad sexual; mientras que el «garantismo penal» ofrece una alternativa normativa de deslegitimación constitucional para determinar cuándo una lesividad moral de la vida personal [el acto inmoral] no debe estar sancionado como delito.

La historia de la discusión es clásica. La polémica tiene como primer antecedente en el siglo XIX, la discusión entre John Stuart Mill y James Fitzjames Stephen sobre el tema de la libertad y los límites que el Estado puede justificar por la idea de una moral pública a tutelar (Mill 1997). En el siglo XX, la cuestión se retoma con la llamada Comisión Wolfenden, la cual publicó un reporte que recomendaba despenalizar tanto el homosexualismo como la prostitución en Inglaterra, bajo el argumento del respeto a la libre voluntad de las personas adultas que no causan daño a terceros². Este reporte fue objeto de debate entre Devlin y Hart sobre la justificación del acto (in)moral sexual como ofensa penal, el cual es el punto de referencia de las concepciones sobre «moralismo legal» e «individualismo moral» y que, por tanto, son los marcos conceptuales que son útiles para explicar y justificar las posiciones actuales en

² The Wolfenden Report. Report of the Committee on Homosexual Offenses and Prostitution, New York, Stein and Day, 1963.

torno a los problemas de la moralidad sexual, si es prohibida o permitida. Esta discusión entre Devlin-Hart se replantea con el discurso de los derechos que formula Ronald Dworkin, a través de su método, la lectura moral de los principios constitucionales para reflexionar respecto a la imposibilidad de que una mayoría limite los derechos de una minoría que lucha por sus cartas de triunfo (libertades y derechos), oponibles a esa mayoría (Dworkin 2002, 349ss.; 2004, 101ss.), polémica en la que han contribuido notablemente C.L Ten, Basil Mitchell y Robert George, los cuales han ido refinando los argumentos del moralismo legal (*cf.* Ramiro Áviles 2006, 13-24). E igualmente el tema se delibera, a manera de síntesis, con el utilitarismo jurídico que defiende Luigi Ferrajoli para establecer axiomas, principios y reglas —desde la teoría garantista— que marcan una pauta constitucional a la hora de examinar la legitimidad de una norma penal que prohíba una conducta que se estime inmoral (Ferrajoli 1998, 459ss.).

Pues bien, la perspectiva filosófica se complementa con la evolución del derecho penal y la política criminal tras la segunda guerra mundial, desde tres etapas claramente diferenciadas en torno al concepto material del delito para fundamentar la prohibición de la conducta, a partir de la «ley ética», la «lesividad social» y la «prevención general asegurativa» (Roxin 2000, 17ss.). El derecho penal democrático, a diferencia del autoritario (Berchemmann 2004), iría en contra de la “convicción colectiva supra-personal que reclama validez en una sociedad determinada” (Díez 1982, 12), porque sería intrascendente desde el punto de vista penal que se hieran emociones subjetivas aisladas o que se genere escándalo, molestia o indignación moral, con lo cual la toma de postura liberal es que las meras inmoralidades deben ser impunes porque la “lesión a un bien jurídico es el presupuesto de la punibilidad” (Roxin 1999, 51-53.). Es lo que los penalistas llaman el problema de la función del derecho penal sexual, en donde la moral se utiliza como instrumento para asegurar el respeto de los principios de conservación, solidaridad y convivencia sociales, pues la afectación a los sentimientos de la moral sexual de una comunidad generan reacciones de asco o repugnancia, aunque no sean “argumentos objetivamente comprobados y racionalmente explicados, procediendo de costumbres de antepasados, sentimientos religiosos y estereotipos” (Díez 1982, 11). Sancionar por la mera inmoralidad sexual, por tanto, conlleva a la idea de la protección de los sentimientos individuales [o de los sentimientos sociales] en donde la repudiación moral de las perversiones plantean el argumento de que existe una lesión al sentimiento individual del espectador en cuanto es obligado a percibir lo que no quiere ni acepta, atentándose a su libertad individual, lo cual a la manera de ver de la tesis del individualismo sería insuficiente para punir una conducta penalmente relevante, sencillamente porque en realidad no hay daño relevante (Hart 1981).

Por tanto, el cuestionar la moralización del derecho penal ha sido una postura defendida por la ciencia jurídico-penal moderna para excluir de castigo penal las "meras inmoralidades, porque no menoscaban derechos individuales ni bienes en el sentido de estados vulnerables, protegibles y valiosos" (Roxin 1999, 52-53), lo cual ha replanteado la política criminal en los delitos sexuales en torno a la idea de la libertad sexual, a fin de que los principios que inspiran una sociedad pluralista eviten cualquier intento de moralización de los ciudadanos a través del derecho, ya que éste debe limitarse a penar aquellas conductas que imposibiliten el libre ejercicio de la sexualidad al tenor de la concepción global que de ella cada individuo sustente, es decir, a la libre disposición por la persona de sus propias potencialidades sexuales. Es la idea de un derecho penal sexual basado en la protección de la libertad, y no de contenidos morales, en la medida en que se pretende posibilitar las diversas opciones personales en este ámbito vital, lo cual presupone una concepción positiva de la sexualidad: la esfera vital sexual es susceptible de poseer y expresar diferentes planteamientos de autorrealización personal del individuo (Díez 1985, 20-23).

En este trabajo se pretende hacer una primera revisión de los argumentos de estas posturas filosóficas como de la ciencia jurídica penal para tener más o menos una aproximación a las cuestiones sobre qué, cuándo y cómo prohibir el acto inmoral sexual. Pretendo describir las tesis en pugna y hacer un apunte final a favor de la libertad sexual que protege el *derecho a ser inmoral*, siempre que no se cause un daño a tercero necesariamente protegible por la norma penal. La cuestión, por otro lado, implica determinar si la moral [sexual] predetermina o no el contenido lícito [o ilícito] de una conducta. O dicho de otra manera: si la moral prescribe o no la validez de la norma, de tal manera que se analice si "la validez ética de la norma es o no un prerequisite de su validez jurídica" (Serrano 1999, 20). Pues bien, la imposición de normas morales por medio del derecho sugiere discutir "si la mera inmoralidad de un acto es, o no, razón suficiente para justificar que el derecho interfiera con su realización" (Malem 1998, 59). Resulta por ello necesario ubicar el problema dentro de la legitimidad moral de una norma jurídica, lo cual es diferente a la validez ética de una norma moral, en tanto que, desde el derecho y la filosofía, se puede predicar que la conducta moralmente reprochable puede ser innecesariamente castigable, aunque, por el contrario, la conducta penalmente relevante necesariamente tiene que ser, primero, reprochada moralmente. Es decir, no hay castigo sin inmoralidad, pero si puede haber inmoralidad sin delito. Ese es el dilema: inmoralidad sin castigo/castigo sin inmoralidad. Es, por tanto, más que la tesis a defender, el punto de partida a discutir que se expresa en las tesis a analizar, porque la ley puede tener el mismo centro que la moral pero

no siempre la misma circunferencia, en tanto que la esfera moral es más amplia que la jurídica.

En efecto, aquí sintetizaremos los argumentos que nos parecen relevantes en este debate a partir de estas tres posiciones para describir los modelos de lesividad moral que se pueden construir para determinar cuándo es inválido prohibir una conducta moralmente inaceptable como delito. La idea central, por lo tanto, es poner en diálogo las diversas respuestas que la filosofía ofrece a la hora de cuestionar la tipificación de una conducta inmoral como delito, sobre todo para plantear la mejor concepción del axioma *no hay delito sin lesividad* de Ferrajoli en relación con la libertad sexual controvertida que se pretende castigar o permitir. Es un criterio de deslegitimación de la prohibición inmoral, porque para muchos es imposible definir el criterio que nos permita legitimar cuándo se debe prohibir un acto inmoral, a lo mucho podemos conformarnos con saber cuándo no es válido reprochar una conducta inmoral desde el punto de vista penal (Ferrajoli 1988, 471). Para tal efecto, presentaremos en este breve trabajo las respuestas que da el moralismo legal, el individualismo moral y el garantismo penal a este problema.

II. La libertad sexual controvertida.

En toda sociedad, moderna o antigua, liberal o conservadora, democrática o autoritaria, se tiene un juicio moral sobre las conductas sexuales controvertidas³. Dificilmente en el campo de la moralidad sexual se puede llegar a consensos sobre lo que es correcto e incorrecto moralmente: no hay una sola concepción indiscutible. Desde la aceptación hasta su rechazo, la homosexualidad, la prostitución, el exhibicionismo obsceno, la zoofilia (o bestialismo), la necrofilia, la bigamia, el adulterio, el incesto, entre otras, son conductas de índole sexual que siempre han sido objeto de discusión en la comunidad, en cuanto presuponen la idea de una libertad sexual controvertida: unos abogan por su permisión, otros por su prohibición, según se les acepte, tolere o repruebe moralmente. Hay, por lo tanto, un disenso que implica que habrá disputas doctrinales, sin fin, sobre el uso propio de un concepto determinado (Gallie 1995-56, 169). El «concepto esencialmente controvertido»⁴ se caracteriza porque “sus criterios de aplicación

³ La libertad sexual es una esfera de la vida personal que permite decidir el tipo de relaciones afectivas para ejercer la sexualidad como parte de la autonomía individual y el libre desarrollo de la personalidad. En principio, el decidir el quién y el cómo de la relación sexual es parte de esa autonomía moral. Nada más que dentro de esa libertad, se advierten en todas las sociedades prácticas sexuales que se han cuestionado, con lo cual se plantea examinar si son válidas o no ese tipo de reproches para determinar la legitimidad de la licitud o ilicitud de esas conductas.

⁴ Es una disputa radical entre paradigmas rivales sobre el significado toral de un concepto, cuya polémica es parte de la conceptualización en cuestión, en donde, además, el desacuerdo es indispensable para el uso del término (Waldron 1994, 529ss.). Se caracterizan, por otra parte, por cuatro rasgos distintivos: (i) son

correcta son múltiples, evaluativos, y no mantienen una relación de prioridad el uno con el otro" (Gray 1977, 332), de tal manera que existan, por lo menos, dos bandos que defiendan una determinada [concepción del concepto], tal como aquí lo es el moralismo legal v. el individualismo moral, los cuales justifican la licitud o ilicitud de estas conductas, según el alcance que tengan sobre la idea de la libertad sexual.

Es decir, lo controvertido en estas prácticas sexuales versa en si además de inmorales pueden ser también (i)lícitas a partir de dos posiciones: el moralismo o el individualismo. El problema implica determinar la concepción de la libertad sexual; incluso, se puede manejar un concepto más o menos aceptado de la construcción abstracta, la libertad sexual como concepto; en cambio, el disenso se encontraría "en los refinamientos o subinterpretaciones más concretos" (Dworkin 2005, 60). Por ejemplo, se podría afirmar el consenso de que una persona adulta tiene el derecho a elegir su propia relación sexual, pero si ello implica la posibilidad de practicar relaciones sexuales con un muerto, con un animal o con una persona casada, algunos argumentarían que esa orientación [que calificarían de inmoral] no forma parte de la concepción de la libertad sexual a proteger, al igual que habría algunos que argumentarían negativamente en torno a la homosexualidad, la prostitución o el adulterio, incluso. Es claro, sin embargo, que el derecho toma una postura sobre la forma de conceptualizar la libertad sexual para determinar qué es lícito y qué no, lo cual se tiene que desarrollar en el contexto de un discurso deliberativo entre todas las posturas posibles, racionales y debidamente sustentadas, en tanto que "uno recibe la posibilidad de posicionarse con un *sí* o con un *no* ante una pretensión de validez susceptible de crítica si el otro está dispuesto a justificar, en caso necesario, la pretensión entablada con sus actos de habla" (Habermas 2001, 185).

Pues bien: ¿cómo sabemos que la conducta sexual controvertida es inmoral y que, además, deba ser ilícita? En ninguna parte hay, por supuesto, un consenso moral sobre lo que está bien o mal en este tipo de actos sexuales. El disenso moral es parte de la pluralidad de una sociedad que reconoce que existen, en cada persona, diversos planes de vida en las que puede encajar, moral y lícitamente, una orientación sexual diferente a la mayoría. Por tal razón, en toda comunidad siempre existirán "grupos en conflicto con distintas perspectivas de cómo la gente debe comportarse" (Von Hirsch 1998, 161). E incluso en sociedades tradicionales, cargadas de una moralidad fuerte, en donde pueden tener más o menos una concepción generalizada de lo que reprochan, existirá desde luego la posibilidad de que una sola persona disienta de la mayoría, con lo

conceptos evaluativos; (ii) complejos, (iii) tienen un carácter argumentativo; (iv) desempeñan una función dialéctica (Iglesias Vila 2003, 80ss.).

cual se plantearía la controversia de si a ese individuo se le tiene que imponer a la fuerza lo que su conciencia moral no acepta pero que ofende a los demás. Pero además en una misma comunidad la moral sexual puede ser contradictoria e irracional. Hay sociedades libres que aceptan la prostitución pero reprochan la vestimenta indecente por ir desnudo en la calle; aceptan el homosexualismo sin castigo pero condenan con censura la exhibición de un pezón en televisión de una mujer negra; toleran el nudismo pero castigan la bigamia; se comen a los animales, pero castigan el bestialismo; en fin, no hay una única receta para medir todo este tipo de conductas. El sentimiento moral de cada quien y de cada sociedad es insuficiente para explicar el tema, hay que tener presente otros planos de reflexión, aunque la moral sea el punto de referencia.

La perspectiva de los derechos fundamentales es menos emotivista, pretende ser más racionalista. Se puede sostener, en principio, el derecho a hacer inmoralidades sexuales como parte de la libertad sexual. Pues la libertad sexual es un ámbito sensible de las personas cuyas diferentes orientaciones pueden llegar a ser, por el juicio moral de los individuos, una virtud, una perversión o una mera conducta que es resultado del ejercicio de un derecho fundamental, la libertad sexual. Si es virtud o un derecho, la opción será garantizar cualquier tipo de relación sexual; en cambio, si es considerada una perversión o enfermedad que daña a los demás, el juicio del derecho no sólo puede reprobador la inmoralidad sino también prohibirla. En la democracia la libertad permite optar por lo bueno y lo malo, errar y acertar, porque el ejercicio de la libertad no solo debe vincularse a las elecciones buenas y valiosas (Thompson 1999, 228). De ahí que en el ámbito personal existe un círculo de intimidad infranqueable, lo «íntimo», que es diferente a lo privado y lo público (Garzón Valdés 2003, 15ss.): la llamada soberanía de uno mismo (el derecho a estar solo) que se traduce en el «derecho fundamental a la intimidad» (Urabayen 1977; Puente 1980; Fariñas 1993; López 1996, Aznar 1996), en donde se tiene “el *derecho de ser* interiormente malvado y seguir siendo lo que es” (Ferrajoli 1998, 223). Las personas podemos ser interiormente inmorales, si así se quiere ser, pero afuera se debe uno conducir, no por lo que *somos* [si la conducta daña en serio a otros], sino por lo que debemos de *hacer*: no dañar al otro, lo cual constituye la «esfera de lo indecible y decible» de una minoría y de la mayoría, respectivamente (Ferrajoli 2001, 36). Ello es así, pues la libertad de decisión implica la posibilidad de errar y dañarnos, con lo cual podamos aprender y madurar de nuestros aciertos y de nuestros errores, sencillamente porque tenemos «derecho a equivocarnos» (Waldron 1993, 63ss.). Esto es, la libertad de las personas y su autonomía implica que todas tengan reconocido el derecho a escoger entre las distintas alternativas que se le ofrecen y supone, además, que quepa la posibilidad de errar, de equivocarse en su elección (Ramiro Áviles 2006a, 225). De tal manera que los

conflictos de valores de un plan de vida pueden prescribir diferentes cursos de acción que nos hacen errar o acertar, con lo cual no parece haber un orden superior que distribuya esos conflictos de manera correcta, de ahí que la pretensión de que otro (una mayoría, por ejemplo) puede tener mejor conocimiento del bien de uno mismo, no refleja otra cosa que un sistema de valores particular, y en modo alguno lo óptimo, desde la perspectiva del sistema de valores en cuestión (Dahl 1987, 111). Incluso: las personas tienen la libertad para hacer cosas estúpidas y peligrosas, si uno lo desea (Murphy 1974, 465), en tanto estas conductas no lo configuren como un incompetente básico, sea por falta de información o ignorancia, compulsión o ausencia de razón (Ramiro Áviles 2006a, 232ss.), y que hagan justificable la intervención del Estado para evitar que la persona se haga daño a sí mismo. Es por ello que la libertad de decidir no significa que siempre sepamos mejor que nadie nuestros reales intereses, mucho menos saber con exactitud que medidas puede promoverlas o dañarnos (Garzón Valdés 1988, 155 y 158).

Bajo esta idea, el derecho a ser internamente inmoral, el problema es saber si lo inmoral debe ser ilícito también. Es decir, lo controvertido en las prácticas sexuales versa en sí, además, de calificarse como (in)morales, pueden también ser delitos. El problema implica determinar si la libertad sexual de una minoría puede quedar sujeta al populismo moral, a la indignación o repugnancia moral que la mayoría puede tener respecto a la conducta sexual de esa minoría. Pues si en una democracia lo que cuenta son los números, después de un proceso de deliberación pública, alguien pudiera afirmar que es válido que la mayoría decida sobre si se prohíbe o no la relación sexual con las personas del mismo sexo, la prostitución, la bigamia, el bestialismo, el incesto, etc. Esta situación es relevante desde la Filosofía porque se puede recurrir al caso de Ulises y las Sirenas para discutir quién puede imponer su moralidad, si la mayoría o la minoría. Pues las sociedades, así como los individuos, han encontrado útil atarse ellas mismas por medio de las constituciones. En efecto, Ulises no era por completo un ser racional, pues un ser racional no habría tenido que apelar a su recurso de atarse; tampoco era, sencillamente, el pasivo e irracional vehículo de sus cambiantes caprichos y deseos, pues era capaz de alcanzar por medios indirectos el mismo fin que una persona racional habría podido alcanzar de manera directa. Su situación —ser débil, y saberlo— señala la necesidad de una teoría de la *racionalidad imperfecta* que casi ha sido olvidada por filósofos y científicos sociales. El problema de atarse a sí mismo es pertinente para saber aquí ¿quién puede atar a quién?, y sobre todo, ¿quién tiene derecho a atar a quién? La tesis de Jon Elster es que atarse a sí mismo es un modo privilegiado de resolver el problema de la flaqueza de la voluntad, la principal técnica para lograr la racionalidad por medios indirectos (Elster 1997, 66ss.). Por lo tanto, una mayoría argumentaría su derecho a atar a la minoría

por el populismo moral, mientras que la minoría apelaría al individualismo para defender su libertad y así, por ende, atar a la mayoría para evitar una intromisión indebida en su esfera personal.

El tema requiere, por supuesto, de una discusión más amplia de lo que aquí se desarrollara. Este texto es una primera aproximación que describe tres posiciones: el moralismo, el individualismo y el garantismo. Echemos un vistazo a las tesis principales.

III. Una aproximación filosófica.

La filosofía no es inútil o innecesaria por ser abstracta, más cuando las realidades complejas, necesitan de conceptos y fundamentos que las expliquen y justifiquen para conocer mejor la realidad y resolver sus problemas. El descrédito de la Filosofía se genera por considerarla como un saber puramente especulativo, sin relación alguna con el mundo práctico, cuando la complejidad del mundo actual exige la necesidad de encontrar un previo enfoque conceptual que permita delimitar los conceptos y articular los valores para comprender la realidad, lo cual en mayor medida se alcanza con la discusión filosófica (Pérez de la Fuente 2003, 17-19). Pues en ocasiones la tarea de la Filosofía consiste en desenterrar, en sacar a la luz las categorías y los modelos ocultos en función de los cuales piensan los seres humanos para poner de manifiesto lo oscuro o contradictorio que hay en ellos (Berlin 1992, 27ss.). En este tema a discutir hay que poner de relieve lo que las personas expresan sentimental e irracionalmente en torno a cuestiones sexuales tan sensibles, para analizar la congruencia o la incongruencia que puede existir en las prohibiciones legales con un contenido única y exclusivamente de una moralidad íntima, la sexual.

Es claro que la libertad sexual controvertida no tiene una única respuesta en cualquier lugar y en cualquier momento. La percepción social que se tenga en muchos países [desarrollados o no] implica que estas conductas sexuales son polémicas y que, por tanto, no sólo se pueden calificar como inmorales, sino que, además, se sancionan por el derecho. Ello es lo que hace aún más difícil "una teoría que indique cuándo y bajo qué circunstancias una conducta es suficientemente reprensible como para merecer el reproche penal" (Von Hirsch 1998, 162). Ahora bien. El asunto está en saber si la percepción mayoritaria que justifica el populismo moral es válida o no (*cf.* Ramiro Áviles 2006, 50ss.). Pues el discurso del «moralismo legal» que defiende Patrick Devlin en su libro *The Enforcement of Morals* prevalece hoy en día en la mayoría de la sociedad actual [las encuestas así lo revelan], frente a la tesis del «individualismo moral» que, a partir del principio del daño de John Stuart Mill, desarrolló H.L.A. Hart en su obra *Law, Liberty and Morality* para justificar el ataque indebido a la libertad sexual cuando el populismo moral que repugna la homosexualidad le castiga como delito, tesis que la ciencia penal recoge para sostener la inmoralidad en el derecho como

condición necesaria pero insuficiente para prohibir una conducta. Estas tesis, el «moralismo legal» y el «individualismo moral» son pues los polos de discusión que en cada sociedad deben reflexionarse para tomar en serio la polémica de la libertad sexual, más allá de la indignación moral o el activismo liberal que produzca el tema.

Me interesa aquí plantear la manera en cómo abordan este problema el moralismo legal, el individualismo moral y el garantismo penal.

1. El moralismo legal

Lord Patrick Devlin en su libro *The Enforcement of Morals* defiende la tesis del moralismo legal que sostiene que un acto inmoral por sí mismo puede ser una condición necesaria y suficiente para penalizar una conducta que ponga en peligro la estabilidad de la sociedad. Él sostiene tres ideas torales:

(i) una sociedad puede pronunciarse sobre los temas de la inmoralidad porque la moral es un asunto público y no nada más privado, ya que es la propia sociedad la que define un conjunto de [ideas morales] que deben fijar las pautas de comportamiento para sus miembros;

(ii) el derecho es el instrumento para imponer la moralidad pública cuando se estime comprometido el orden y la estabilidad de esa sociedad; y,

(iii) la forma de determinar lo que es o no es (in)moral, se presume de la percepción que tenga cualquier persona razonable, el llamado *hombre del autobús de Clapham*, el hombre de la calle (Devlin 1965, 6-20).

Esta postura implica que la (in)moralidad pública que reproche el hombre medio, razonable y que actúa por su recto entender y sentimiento de la moral pública, debe ser suficiente para que el derecho imponga la conducta prohibida, a fin de que los miembros de la sociedad que se alejen de lo moralmente correcto, deben ser castigados penalmente. En efecto, se parte de la idea de que el derecho penal tiene una función moralizadora. Su función consiste en aplicar un principio moral en donde el papel del consentimiento de la víctima no tiene relevancia alguna, sea para justificar o excusar una conducta consentida entre adultos, ya que el delito no solo es un ataque a un individuo, sino también y sobre todo un agravio de la sociedad. Esta idea se basa en un principio de cohesión social a partir de la moral que comparta la sociedad. Pues como la sociedad tiene derecho a defender su integridad, la inmoralidad afecta al cuerpo social porque tiende a desintegrarla y, por ende, la sociedad puede utilizar el derecho como un acto de autodefensa de su integridad para imponer el núcleo moral básico de la sociedad (Devlin 1965, 6ss.). Esta imposición de la moral se justifica como una cuestión de autoprotección y no como una cuestión de defensa de una moral

hipotética (George, 1990, 20ss.), con lo cual Devlin defiende una "posición relativista en la ética", porque la moral no es una cuestión que se "relacione con la razón, sino con la sensibilidad" (Malem 1998, 63). ¿Qué tipo de sensibilidad? La contestación es: la del hombre de la calle. No basta, por supuesto, que un determinado acto sea repudiado por la mayoría, sino que es menester que el acto provoque un verdadero sentimiento de reprobación, el cual es el indicio de que no todo hay que tolerar en una sociedad, porque "ninguna sociedad es capaz de prescindir de la intransigencia, la indignación y la repugnancia" (Devlin 1965, 16ss.).

Las personas, alega Devlin, no piensan en que la monogamia es algo que hay que sostener porque nuestra sociedad ha escogido organizarse bajo esa idea. Ellas creen que existe algo bueno en sí mismo y ofrece un buen modo de vivir y es la razón por la cual la sociedad lo ha adoptado. Una sociedad, por tanto, significa una comunidad de ideas políticas, morales y éticas que sin ellas no podría existir (Devlin 1965, 8-9). Si esto es así, el moralismo legal entonces rechaza la idea de John Stuart Mill en torno a que el individuo es un soberano en su vida personal, pues sus comportamientos estarán permitidos o censurados en función de la moralidad que imponga una mayoría. La ley es el recurso de la mayoría, su voluntad general, y como tal es la «frontera que marca el límite de la autoridad». La pregunta entonces es saber ¿cuánta autoridad es necesaria?, y no: ¿cuánta libertad debe ser concedida? Es posible marcar una línea intermedia entre un fin y otro, marcando todo el tiempo el dominio privado de un lado y el público en el otro. Pues en el constante forcejeo entre libertad y autoridad, el individuo siempre estará en desventaja. El gobierno siempre tendrá como argumento el respaldo del poder de la mayoría (Devlin 1965, 102). Por el contrario, Mill defiende la naturaleza y los límites del poder que legítimamente puede ser ejercido por la sociedad sobre el individuo bajo el «principio del daño»: el único propósito por el cual el poder puede ser correctamente ejercido sobre cualquier miembro de la comunidad civilizada, en contra de su propia voluntad, es el prevenir daño a otros, su propio bien sea físico o moral no es suficiente garantía. Él no puede ser correctamente compelido porque es mejor para él hacerlo, porque lo hará más feliz, porque en opinión de otros, hacerlo sería sabio o quizá hasta correcto. El principio es que se le debe al hombre permitir perseguir su propio bien a su manera. La ley no debe interferir con el hombre, a menos que cause daño a otros (Devlin 1965, 103-104). Este argumento del principio del daño se cuestiona por el «moralismo legal» para justificar la imposición de la moral por parte de la mayoría. Devlin recurre a un ejercicio. Cien hombres y mujeres. Noventa son virtuosos y diez viciosos. ¿Los virtuosos deben ser compelidos u obligados a asociarse con los viciosos? La respuesta natural es ciertamente no. Por más garantía de que los viciosos no harán daño físico a otros en contra de su

voluntad, asociarlos con ellos podría causar el hecho de estar separados. Un hombre que usualmente está borracho, drogado o vagando no son miembros útiles en una comunidad, afirma Devlin. ¿Qué deben hacer entonces los noventa al respecto? Si lo concerniente fuera un club social, la situación sería simple: expulsar a los diez viciosos y nadie creería que la expulsión les hizo daño. Pero en una sociedad en la cual el hombre tiene su vida social entera, es algo más que un club, los hombres no pueden ser llevados en medio del desierto el exilio y los castigos (*banishment*). ¿Es permisible a los noventa privar de libertad a los diez con el propósito de qué es mejor que se reformen y peor que ser restringidos? O deben ellos en nombre de la libertad dejar a los diez a sus anchas relegándose en la fuerza de su propia virtud para resistir la contaminación. La respuesta es que Devlin no espera ninguna sociedad que haya existido con un control de simple resistencia pasiva y buen trabajo. Pero esto es lo que una sociedad libre exige según el concepto de Mill: en una sociedad libre, toda la atención (*full scope*) debe darse al individuo como uno de los elementos del bienestar y el individuo debe ser libre para preguntar (*challenge*), y experimentar. La libertad del individuo debe estar lejanamente limitada; el no debe hacerse molesto para otras personas, pero si él insiste (*refrains*) en molestar a otros en lo que les concierne, las mismas razones que mostraban la opinión de ser libre, probarían también que debe permitírsele, sin molestar, que lleve a cabo sus propias opiniones a su propia costa. Debe haber algunos que crean que su forma de vida, es una buena forma de vida, pero hay muchos otros que les gustaría liberarse de esa vida si pudieran. Nadie en sus sentidos puede pensar que emborracharse habitualmente o drogarse sea algo bueno del todo. Los noventa hombres que creen que tal conducta es depravada, no están convencidos que deben sobre llevarlo en su sociedad, porque después de todo ellos no son infalibles, sus verdades pueden ser medias verdades, y es solo en la diversidad de preceptos y prácticas donde la verdad completa puede ser encontrada. Es decir, la mayoría puede ser persuadida que al menos existe un hombre de los diez buscando la verdad y que, por tanto, proclama que lo que es comúnmente recibido como vicio, es en verdad una virtud. La diferencia está en aquellos que practican lo que saben que es un vicio y aquellos que practican lo que ellos creen que es una virtud (Devlin 1965, 109).

¿Puede entonces el juicio de la sociedad sancionar cada invasión a la privacidad del hombre, a cualquier extremo? Teóricamente así debe serlo, según Devlin: no hay en la teoría limitación. La sociedad debe ser el juez de lo que sea necesario para su propia integridad, solo porque no existe otro tribunal al cual la pregunta puede ser sometida. En una sociedad libre, el entendimiento que el hombre tiene con los otros, es que cada quien debe retener para sí mismo la gran cantidad de libertad personal que sea compatible con la integridad y buen gobierno de su sociedad. Por ello admitir que

somos infalibles es no admitir que siempre estamos equivocados. Lo que Devlin cree es que lo malo podría ser precisamente malo y no podemos por siempre condenarnos a la inactividad contra el mal, por si acaso podríamos estar equivocados destruyendo el bien. Para bien o mal el que hace la ley debe actuar de acuerdo a sus luces y no puede por eso aceptar la doctrina de Mill como practicable. Es dogmático decir que si sólo se nos permitiese comportarnos como quisiéramos, siempre y cuando no hagamos daño a los otros, el mundo se convertiría en un mejor lugar para todos (Devlin 1965, 118- 123).

Sin embargo, la tesis moralista no ofrece criterios para determinar cuándo un acto alcanza el sentimiento de inmoralidad que califica de repugnante el hombre de la calle, tampoco ofrece pautas razonable para examinar por qué y cuándo el acto inmoral merece ser prohibido, sea porque atentaría con la cohesión social de una comunidad, con lo cual es difícil explicar el tipo de repugnancia que debe ser penalizado. Cabría, por tanto, todo o nada en el acto inmoral que repugna el hombre de la calle. Por lo tanto, la tesis moralista conlleva a afirmar que la democracia y la moralidad estarían ligadas. El Estado puede reclamar planos morales para legislar. El ideal platónico es que el Estado existe para promover la virtud entre sus ciudadanos. Y por tanto: la mayoría debe tener el derecho y el deber de declarar que estándares de moralidad deben ser observados como virtuosos. Lo que hace a una sociedad, es su comunidad de ideas, no solamente políticas sino también de la manera que sus miembros deben comportarse y gobernar sus vidas. En donde la moralidad popular se compone de todos los irracionales prejuicios y emociones del hombre en la calle. Es la sumisión a la mentalidad del hombre común, el hombre de autobús de Clapham (Devlin 1965, 89, 91 y 100).

2. El individualismo moral

H.L.A. Hart no comparte la idea del «moralismo legal». En su libro *Law, Liberty and Morality* defiende la tesis que implica que el Estado tiene prohibido intervenir en la vida de las personas, a menos de que la conducta afecte a terceros, de tal manera que lo inmoral por sí solo es insuficiente para limitar la libertad de las personas que se alejen del comportamiento moralmente aceptable (Hart 1981, 15ss.). Es el «individualismo moral», en donde la moral a proteger reside en la libertad en nuestros gustos y fines para trazar el plan de vida personal sujeto a las consecuencias de nuestros propios actos, sin que lo impidan otros en tanto que nos los perjudiquemos, aun cuando con ello, los demás piensen que nuestra conducta es "loca, perversa o equivocada" (Mill 1970, 68-69). Esta idea parte del «individualismo moral» que considera la dignidad de cada persona como el valor moral imprescindible para el desarrollo de la personalidad, lo cual permite elegir estilos y formas de vida como

parte de la soberanía moral del individuo (Fernández 1995, 88ss.). En efecto, el liberal parte del supuesto de que "toda elección individual, en tanto es libre, por ese sólo hecho es valiosa; acepta que existe una multiplicidad de planes de vida porque los valores en los cuales se sustenta son objetiva e inconmensurables" (Vázquez, 2005, 496). Se rechaza, por tanto, que el Estado imponga en forma moral un plan de vida moralista, perfeccionista o paternalista y, por tanto, proscriba aquellas acciones que pongan en entredicho la autonomía de las personas. Esta postura de Hart se basa en la ética liberal que defiende J. S. Mill que afirma el principio del daño a terceros como el criterio válido para restringir la libertad, en tanto que lo que lo que atañe al individuo tiene una independencia absoluta "sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu" ya que "cada uno es el guardián de su propia salud, sea física, mental o espiritual". Todas las formas de vida tienen el mismo valor, porque la "humanidad sale más gananciosa consintiendo a cada cual vivir a su manera que obligándole a vivir a la manera de los demás" (Mill 1970, 69ss).

Hart sostiene cuatro críticas fundamentales a Devlin:

(i) el «moralismo legal» confunde las leyes con el paternalismo porque no hace distinción alguna al consentimiento libre de las personas en los actos que se califican de inmorales;

(ii) confunde la represión de la indecencia con la represión de las acciones inmorales ejecutadas en privado, porque bien puede ser moralmente correcto la relación sexual entre cónyuges en privado, pero moralmente reprobable si se hace en público;

(iii) no se argumenta la justificación del mal a la persona que se le reprocharía su conducta, si por otro lado pudieran existir otros mecanismos no dañinos para corregir esa conducta; y,

(iv) no se ofrece ninguna prueba empírica de que los actos inmorales que se castiguen generen la desintegración de la sociedad (Hart 1981, 18ss.).

Estas críticas al final parecen encausarse a una sola referencia: la postura [neutral] del Estado a una determinada moral de la mayoría. O más bien: la postura del *derecho a ser inmoral*, siempre que no haya daño a terceros. ¿Esta tesis, contraria al «moralismo legal», significa entonces que una minoría puede imponer su moral a la mayoría? Pues una cosa es que la mayoría no puede castigar como delito una práctica homosexual consentida entre adultos y en privado y otra, muy diferente, es que a partir de ese hecho (considerado inmoral por la mayoría), se reconozca, por ejemplo, un derecho a la unión marital entre parejas del mismo sexo. Es decir: ¿una minoría puede atar a la mayoría? En la Atenas clásica, todas las decisiones importantes se tomaban en la asamblea de ciudadanos, que se reunían al menos 40 veces al año. La asamblea podía reconsiderar en cualquier momento sus decisiones anteriores, lo que habría hecho de

ella una fácil presa de demagogos o de otros manipuladores si no se hubiesen establecido ciertas salvaguardias institucionales. Dos de estas son: el ostracismo, que en la práctica era el derecho de expulsar a los demagogos conocidos. En contraste con Ulises de Homero, la asamblea no siempre podía impedirse actuar siguiendo el canto de las Sirenas, sin embargo, si podía evitar ese canto expulsando a los cantores. Otra institución era llamada *grafe paranomon*, por la que un hombre puede ser acusado y juzgado por hacer una propuesta ilegal en la asamblea, aún si tal propuesta hubiera sido aprobada por la asamblea (Elster 1997, 150). Pues bien, si las personas son libres de atarse a sí mismas (por medio de leyes), a atarse a sí mismas con cinturones de seguridad, o a proteger sus valores “más profundos” contra los más impulsivos, ergo, los problemas surgen cuando estas restricciones son impuestas a las personas contra sus preferencias *ex ante facto* (tal vez *ex post facto*). De ahí que sea claro que el gobierno no tiene derecho de proteger al público contra la televisión, un día de cada siete, si el público no desea ser protegido. Es mucho menos obvio que el gobierno no tenga el derecho de hacer obligatorio el uso de cinturones de seguridad, pues aquí se está pidiendo al estado pagar la cuenta si ocurre un accidente. Si la gente no desea atarse a sí misma, no se le debe obligar a elegir entre estar atada y no recibir ayuda si se perjudica como resultado de no estar atada (Elster 1997, 145). La libertad sexual es un ámbito libre en donde las personas adultas y bajo su libre consentimiento no quieren ser atadas por la mayoría, a menos de que aceptemos que los otros nos digan qué hacer y qué escoger a la hora de las decisiones sexuales que son propias de cada quien.

Es claro, por tanto, que el individualismo moral rechaza que una minoría se le pueda atar a la moral sexual de la mayoría. No obstante, la postura de Hart que fundamenta una nueva concepción del Derecho penal sexual, no soluciona “el problema de qué conductas deberían ser denotadas por la noción del daño” (Malem 1988, 75), con lo cual es necesario acudir a la doctrina del garantismo penal que ofrece pautas que permiten deslegitimar un acto de la vida personal como penalmente irrelevante.

3. El garantismo penal

Luigi Ferrajoli en su libro *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* defiende el pensamiento del utilitarismo jurídico ilustrado para afirmar que la inmoralidad puede ser considerada como condición necesaria, pero nunca por sí sola como suficiente para justificar la intervención del Estado en la vida de las personas, para lo cual sintetiza a partir de esta ética liberal que desarrolla H.L.A. Hart, una serie de principios [necesariedad, lesividad y de bien jurídico] que hay que tomar en cuenta para determinar cuándo es inaceptable prohibir penalmente una conducta (Hart 1998, 218-225). Las prohibiciones penales, afirma Ferrajoli, no debe tener una

connotación moral o natural por sí solas, con lo cual se pronuncia por una *ética de la legislación* basada en el principio liberal de la separación del derecho-moral. El principio de utilidad penal es idóneo para limitar la esfera de las prohibiciones penales, porque “sólo las acciones reprobables por sus efectos lesivos para terceros”, pueden estar justificadas, de tal manera que están vetados para sancionar los “comportamientos meramente inmorales o de estados de ánimo pervertidos, hostiles o, incluso, peligrosos” (Ferrajoli 1998, 464-465).

Esta idea inicial recoge el primer principio, el de necesidad, que hay que tomar en cuenta a la hora de calificar una prohibición penal de un acto inmoral, porque “las únicas prohibiciones penales justificadas por su absoluta necesidad son, a su vez, las prohibiciones mínimas necesarias, esto es, las establecidas para impedir comportamientos lesivos que, añadidos a la reacción informal que comportan, supondrían una mayor violencia” (Ferrajoli 1998, 466). Por tanto, si solo deben punirse los actos que necesariamente merezcan ser reprimidos por el derecho penal bajo esta idea de utilitarismo jurídico, Luigi Ferrajoli llega a la conclusión de que esa absoluta necesidad se justifica por la lesividad para terceros de los hechos prohibidos, pero esta idea ya elaborada por Hart es insuficiente para determinar con precisión la naturaleza y la cuantía del daño que hace necesaria la prohibición penal, con lo cual Ferrajoli plantea la necesidad del principio del bien jurídico para poder determinar qué es lo que puede o no castigarse. Es el problema de ¿cuál es el bien jurídico relevante a proteger?, que desde la ciencia penal es un criterio más para aproximarnos a la cuestión planteada desde el principio. Una vez que apunta estos principios, Ferrajoli reflexiona en cuatro criterios a examinar:

(i) si las prohibiciones deben tutelar un bien cualquiera para no quedar sin justificación moral y política;

(ii) si un ordenamiento ofrece la garantía de lesividad, esto es, si las prohibiciones legales no son legítimas jurídicamente si no se produce un ataque a un bien;

(iii) qué bienes, o no bienes, tutelan normativamente las leyes penales; y,

(iv) qué bienes, o no bienes, tutelan, de hecho, las mismas leyes, y qué bienes, o no bienes, son atacados por los comportamientos que ellas prohíben.

Estas cuatro cuestiones las analiza Luigi Ferrajoli para ir marcando algunos criterios para responder a la pregunta de cuándo es ilegítimo prohibir un acto inmoral. Así, señala que la prohibición penal solo se puede justificar cuando se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social, entendiendo por ataque tanto el daño causado al bien tutelado como el riesgo corrido, siempre que se trate de un daño o de un peligro

verificable o evaluable empíricamente partiendo de las características de cada concreto comportamiento prohibido, y no considerado en abstracto. Por ello, la doctrina garantista afirma que “ningún bien justifica una protección penal si su valor no es mayor que el de los bienes de que priva la pena”, de tal manera que la esfera de los “intereses tutelables es tanto más amplia cuanto menor es el coste de la pena”. Esta idea se complementa con el criterio de idoneidad que afirma que “las prohibiciones penales no sólo deben estar dirigidas a la tutela de bienes jurídicos, deben ser idóneas”, esto es, si la prohibición no es eficaz para resolver la finalidad del castigo, es absolutamente innecesaria prohibirla por la vía penal por su inutilidad. Finalmente, estos criterios tienen su justificación sólo cuando es “subsidiaria de una política penal de protección de los mismos bienes”, porque si los males pueden ser evitados por otros instrumentos protectores es preferible acudir a ellos, en lugar de la prohibición penal como sanción más drástica a la libertad. La segunda cuestión plantea la reflexión de la garantía de la lesividad: la concreción del daño o peligro ocasionado por la conducta inmoral y para ello Ferrajoli sostiene que no hay prohibición penal sin bien jurídico, de tal manera que las ofensas abstractas son injustificables como la moralidad pública, porque solo aquellos bienes cuya lesión se concreta en un ataque lesivo a otras personas en carne y hueso, es justificable punir, con lo cual rechaza la idea de prohibir los llamados delitos *contra natura* porque se sanciona más lo que es la persona, que lo que *hace* (Ferrajoli 1998, 470-479).

Estas ideas se complementan con lo que Ferrajoli llama el valor garantista del principio de regulatividad y de la consiguiente prohibición de las leyes penales constitutivas, porque solo es legítimo castigar a las personas por lo que hacen y no por lo que son y en cuanto sólo sus acciones, y no su distinta personalidad, porque se viola el principio de igual trato. La dignidad humana presupone para Ferrajoli la idea de que se le respete a la persona, sea quien sea y tenga las preferencias sexuales que tenga, por lo que solo son exigibles los modos de actuar y no los modos de ser, porque una persona que sea o llegue a ser distinta de como es, se le debe tolerar y respetar por lo que es y no por lo que queremos que sea moralmente (Ferrajoli 1988, 504ss.). Por lo tanto, toda conducta inmoral, por más peligrosa o repugnante que sea, no es absolutamente necesaria castigar porque no hay conducta a prohibir sino peligro a evitar, de tal forma que la mera especulación y valoración de lo que la moral reprueba de esa conducta es insuficiente para legitimar una prohibición penal.

En suma. Luigi Ferrajoli rechaza lo que en la teoría del delito se le llama «derecho penal de autor», el cual castiga a las personas por lo que *son*, por peligrosas e indeseables: por ser vagabundo se les prohíbe la malvivencia; por ser homosexuales se les reprocha sus

actos sexuales *contra natura*; por ser inmigrantes se les castiga su interés en la movilidad social; por ser rebeldes del sistema se les acusa de sediciosos, etc. Es la peligrosidad como fundamento de la culpabilidad. En cambio, el «derecho penal de acto», que es propio del garantismo penal, significa que la conducta es prohibida por lo que *hace* la persona, sí y solo sí, daña un bien jurídico a tutelar, sin que exista otra opción mejor por el principio de intervención mínima, el de subsidiaridad: el castigo penal es el último extremo (Welzel 1956; Roxin 1999; Ferrajoli 1988).

IV. Un apunte final.

El Estado no tiene potestad para promulgar una legislación criminal cuando la única razón es que una mayoría desapruueba moralmente a quienes practican actos sexuales que se reprochan por el mero sentimiento de la indignación o la repugnancia. Es claro que el derecho está constantemente fundado en nociones de moralidad, las propias leyes criminales expresan una elección moral, pero es inválido castigar a alguien con el único objetivo de condenar moralmente a algunos y no con el fin de proteger los intereses morales de otros. No es lícito que el Estado prohíba la libertad de elección en el comportamiento sexual privado, cuando no dañe a nadie y siempre que la condena sea expresión de la moralidad popular. El Estado no debe inmiscuirse en asuntos u odios privados. Los derechos fundamentales sirven como límite de actuación de las mayorías, porque representan un coto vedado como señala Ernesto Garzón Valdés. Los derechos, incluso, que actúan realmente como barreras, fronteras o coto vedado en relación con la democracia son los derechos de carácter personal o de autonomía (Fernández, 1995, 194-95). Es claro que ningún individuo y ninguna clase tienen derecho de someter al resto a su voluntad particular, pero es falso que el conjunto de la sociedad posea sobre sus miembros una soberanía ilimitada. Hay, por supuesto, una parte de la existencia humana que permanece individual e independiente y que, por tanto, se encuentra fuera de toda competencia social (Constant 1989, 10)

Estas ideas basadas en la ética liberal nos llevan a sostener que una mayoría moral no puede limitar la libertad sexual sin mejor motivo que su desaprobación por las elecciones personales que esos ciudadanos realizan. Los adultos deben ser libres para tomar sus propias decisiones sobre el sexo, porque la "moral sexual también resulta crucial en la vida y en la personalidad de la gente (Dworkin 2003, 497). El triunfo de la individualidad es el triunfo de la diversidad sobre la uniformidad de pensamiento, costumbres y maneras de vivir (Fernández 1995, 91). La tesis de que "todo delito es un pecado, aunque no todo pecado es un delito" (Hobbes 1993, 235) plantea la imposibilidad de penalizar las intenciones inmorales de una persona, pero aún mas no solo esas intenciones sino también sus actos que forman parte de la libertad moral del individuo, sean

aceptadas o no por la mayoría. Esta idea supera la tesis de penalizar todo lo que el *hombre del autobús de Clapham* —el hombre razonable—, califica, por su recto entender y sentimiento, como inmoral y, por ende, necesario castigar para proteger la estabilidad de la sociedad (Devlin 1965, 15ss). Ello es así, pues si bien la inmoralidad es una condición necesaria para tipificar una conducta como penalmente relevante, también lo es que es insuficiente por sí misma para prohibir y castigar el acto inmoral por esa sola consideración.

Una comunidad política genuina debe consecuentemente ser una comunidad de agentes morales independientes. No debe dictar lo que sus ciudadanos piensan en cuestiones de juicios morales, políticos o éticos, sino que debe, por el contrario, prever las circunstancias que los impulsen a llegar a sus creencias sobre esas cuestiones a través de sus propias convicciones reflexivas, finalmente individuales (Dworkin 2004, 127). La libertad como ausencia de impedimento o libertad como ausencia de constricción, es la posibilidad de hacer o de no hacer (Bobbio 1993, 98) lo que el individuo define en su plan de vida, por lo que aquí vale la idea de la libertad negativa de Berlin que significa *estar libre de* que no interfieran en la actividad personal de las personas, porque la única libertad que merece este nombre es la de realizar nuestro propio bien [o mal] a nuestra manera, ya que ese ámbito de libertad personal, que lo es también de la autonomía y de la intimidad, debe ser preservado porque es absolutamente imprescindible (Fernández 1995, 93).

Es claro que no podemos ser absolutamente libres, ni debemos ceder toda la libertad, pero la protección de las minorías como lo son los que se clasifican como los "inmorales sexuales", no es una consecuencia directa del sistema democrático, sino más bien el reconocimiento de la libertad negativa. Los derechos orientados a la libertad, reconocidos a los particulares para los particulares, es decir, para garantizar el "señorío de su voluntad" son intrínsecamente ilimitados. Pues "en la concepción moderna de los derechos sería una contradicción la existencia de límites destinados a imponer a la voluntad individual la adhesión a una determinada verdad social, a un determinado bien común, es decir, destinados a dirigir los derechos hacia fines que están más allá de los intereses de sus titulares, estos mismos límites son consustanciales a la concepción antigua" (Zagrebelsky 1999, 87-8).

Esto nos lleva a revisar el tema del acto moral a partir del discurso de los derechos fundamentales, pues si la libertad sexual como parte del derecho a la intimidad es parte de un "ámbito de desenvolvimiento interior como instrumento imprescindible para el pleno desarrollo de la libertad individual (Herrán 2002, 19), en la que se forja su personalidad y desarrolla su libertad para elegir sus creencias, sentimientos y normas de conducta (Puente 1980, 925ss.),

queda claro entonces que la mayoría [o el populismo moral] no puede imponer una prohibición por una consideración de moralidad sexual. Es aquí donde es útil el *concepto volitivo* de intimidad, es decir, queda reservado al conocimiento ajeno aquello que la propia persona decide preservar, y no únicamente lo que objetivamente pertenece a su fuero interior y, por tanto, a nadie interesa conocer ni desvelar (Herrán 2002, 21), por lo que la intimidad como parte de la libertad sexual equivalente a vida privada, al derecho del individuo a ser dejado en paz para vivir su propia vida sin intromisiones de terceros (Urabayen, 1977). Pues la libertad de decisión respecto a la apertura de sus vivencias sexuales se refiere por ello a un doble aspecto de la intimidad que vendría dado por la posibilidad de encerrarse y de dejar estar encerrado (Fariñas 1983, 327ss.), de tal forma que faculta a la persona en su libre desarrollo a que ejerza con plena soberanía los más variados actos de su vida personal (Herrán 2002, 28). Ello es lo que haría posible la formación de una individualidad única y exclusiva, de una personalidad propia (Aznar 1996, 352), el poder de decisión de la persona respecto a su vida privada (López 1996, 193), el respeto a la voluntad de cualquier persona como ser libre e independiente, en la medida en que dicha voluntad no afectará ni causará un perjuicio a los demás. Por lo tanto, el acto inmoral sexual no puede ser prohibido porque la libertad sexual forma parte del conjunto de facultades del individuo para desenvolverse sin lesionar derecho ajeno, y también en un poder de exclusión del conocimiento ajeno de su vida íntima y familiar (Herrán 2002, 25). Es la esfera de lo indecible de la mayoría de Ferrajoli, el acto sexual inmoral, pues el castigarlo penalmente implicaría una violación al derecho fundamental de la libertad sexual.

La conclusión es simple. No se puede castigar al inmoral sexual por el sólo hecho de su forma de expresar su libertad sexual: el sexo entre homosexuales o lesbianas en su esfera privada, por ejemplo, no puede ser delito porque se estaría castigando la orientación sexual de la persona, lo que cada quien es, pero el ¿homosexual o el heterosexual que en la calle realiza el sexo bajo la mirada de todos se le debe castigar? O bien: ¿el heterosexual que come animales, debe ser castigado porque se aprovecha sexualmente de un animal? ¿La necrofilia debe prohibirse? ¿Los hermanos que libremente consienten sus relaciones sexuales deben castigárseles? ¿El adultero o bígamo que ofende a su pareja, merece un castigo penal? En fin, el problema no está cerrado y nos invita a reflexionar si una persona en ejercicio de su libertad sexual puede dañar o no un bien jurídico que debe protegerse necesariamente por el derecho penal. Es una cuestión por desarrollar partiendo de la premisa que por el solo hecho de la inmoralidad es insuficiente castigar. Se necesitan otros nuevos argumentos que demuestren el daño.

Bibliografía

- Alexy, R. (1998): "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", en *Derecho y moral. Ensayo sobre un debate contemporáneo*, Vázquez, R. (comp.), Gedisa, Barcelona.
- Aznar, H. (1996): "Intimidad e información en la sociedad contemporánea" en *Sobre la intimidad*, Valles, Antonio y Aznar, Hugo (coord.), Fundación Universitaria San Pablo CEU, Valencia.
- Berchermann, A. (2004): *Derecho Penal Mexicano. Parte General*, Porrúa, México.
- Berlin, I. (1992): *Conceptos y categorías*, trad. de F. González Aramburo, Fondo de Cultura Económica, Madrid.
- Bobbio N. (1977): *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Comunità, Milano.
- Bobbio, N. (1993): *Igualdad y libertad*, trad. de Pedro Aragón Rincón, Paidós, Barcelona.
- Bobbio, N. (2003): "Teoría General de la Política", trad. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid.
- Constant, B. (1989): "Principios de política" en *Escritos Políticos*, trad. Ma. Luisa Sánchez Mejía, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Dahl, R. (1987): *El control de las armas nucleares: democracia v. meritocracia*, trad. A. Basca, Grupo Editorial Latinoamericano, Buenos Aires.
- Devlin, P. (1965): *The enforcement of morals*, Oxford University Press, London.
- Díez, J. (1985): *La protección de la libertad sexual*, Bosch, Barcelona.
- Díez, J. (1982): *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*, Bosch, Barcelona.
- Dworkin, R. (1984): *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.
- Dworkin, R. (2003): *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, trad. M. J. Bertomeu y F. Aguilar, Paidós, Barcelona.
- Dworkin, R. (2004): "La lectura moral y la premisa mayoritarista" en *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Harol Hongju Koh y Ronald C. Slye (comps.), Gedisa, Barcelona.
- Dworkin, R. (2005): *El imperio de la justicia.*, Gedisa, Barcelona.
- Elster, J. (1997): *Ulises y las Sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, trad. de J. J. Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México.
- Elster, J. (2002): *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, trad. J. Mundó, Gedisa, Barcelona.
- Fariñas, L. (1983): *El derecho a la intimidad*, Trivium, Madrid.

- Fernández, E. (1995): *Filosofía política y derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- Ferrajoli, L. (1998), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. A. Ibañez et al., Trotta, Madrid.
- Ferrajoli, L. (2001a): *Derecho y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid.
- Ferrajoli, L. (2001b): *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Ferrajoli, L. (2001c): *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.
- Ferrajoli, L. (2006): *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. A. Greppi, Trotta, Madrid.
- Garzón Valdés, (1988): "Es éticamente justificable el paternalismo", *Doxa*, n. 5.
- Garzón, E. (1998): "La imposición de la moral por el derecho" en *Derecho y moral. Ensayo sobre un debate contemporáneo*, Rodolfo Vázquez (comp.), Gedisa, Barcelona.
- Garzón Valdés, E. (2003): "Lo íntimo, lo público y lo privado", en *Claves de la razón práctica*, n. 123.
- George, R. (1990): "Social cohesion an the legal enforcement of morals: a reconsideration of the Hart-Devlin Debate" en *The American Journal of Jurisprudence*.
- Habermas, J. (1998): *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta.
- Hart, H.L.A. (1981): *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, London.
- Hobbes, Th. (1993): *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, trad. Carlos Mellizo, Alianza Universidad, Madrid.
- Iglesias Vila, M. (2003): "Los conceptos esencialmente controvertidos en la jurisprudencia constitucional", en *Doxa*, n. 23, pp. 77-104.
- López, E. (1996): *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*, Dykinson, Madrid.
- Mac Cormick, N. (1998): "En contra de la ausencia de fundamento moral", en *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Rodolfo Vázquez (comp.), Gedisa, Barcelona.
- Malem, J. (1998): "La disputa Devlin-Hart" en *Derecho y moral. Ensayo sobre un debate contemporáneo*, Rodolfo Vázquez (comp.), Gedisa, Barcelona.
- Mill, J.S. (1970): *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, trad. De Pablo de Azcárate, Madrid.

- Mill, J.S. (1997): *Sobre la Libertad*, trad. P. de Azcárate, Alianza, Madrid.
- Murphy, J. (1974): "Incompetence and Paternalism", *Archiv for Rechts-und Sozialphilosophy*, n. 60.
- Pateman, C. (1995): *El contrato sexual*, trad. de Ma. Luisa Femenías, Anthropos, México.
- Pérez, N. (1996): *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el derecho español*, Comares, Granada.
- Pérez de la Fuente, O. (2003): "Pluralismo cultural y derechos de las minorías", *Dykinson*, Madrid.
- Puente, T. (1980): *El derecho a la intimidad en la Constitución*, ADC, n. 2.
- Ramiro Avilés, M. Á. (2006): *A vueltas con el moralismo legal*, prólogo a la edición castellana de H.L.A. Hart: *Derecho, Libertad y Moralidad*, Dykinson, Madrid.
- Ramiro Avilés, M. Á. (2006a): "A vueltas con el paternalismo jurídico", en *Derechos y Libertades*, n. 15, época II, Dykinson, Madrid.
- Roxin, C. (1976): *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid.
- Roxin, C. (1999): *Derecho penal: parte general*, trad. y notas por D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. de Vicente Remesal, Civitas, Madrid.
- Roxin, C. (2000): *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- Serrano, J.L. (1999): *Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Trotta, Madrid.
- Thompson, D. F. (1999): *La ética pública y el ejercicio de cargos públicos*, trad. G. Ventureira, Gedisa, Barcelona.
- Urabayen, M. (1977): *Vida privada e información: un conflicto permanente*, EUNSA, Pamplona, España.
- Vázquez, R. (2005): "Comentarios a las propuestas bioéticas—jurídicas de Luigi Ferrajoli" en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid.
- Vitale, E. (2007): *Hobbes y la teoría del Estado moderno. La lectura de Bobbio*, Texto presentado en el Grupo de Investigación sobre Derecho y la Justicia de la UC3M, Clásicos del pensamiento jurídico y político, Getafe, Madrid.
- Von Hirsch, A. (1998): *Censurar y castigar*, trad. de E. Larrauri, Trotta, Madrid.

Waldron, J. (1994): "Vagueness in law and language: Some philosophical issues", *California Law Review*, vol. 82, pp. 529-539.

Waldron, J. (1999): "A right to do wrong", *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge University Press, Cambridge.

Zagrebelsky, G. (1999): *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid.